

6. ENTRE PROPIEDAD Y PERSONA: DISPOSICIÓN DE PARTES Y PRODUCTOS DEL CUERPO. UN ANÁLISIS DESDE EL DERECHO CIVIL

*Esther Arroyo Amayuelas**

1. Introducción

Los cambios sociales y tecnológicos en el contexto biomédico plantean grandes retos y, entre ellos, el de saber si sobre las partes separables del cuerpo humano y sus fluidos y productos es posible hablar de un derecho de propiedad, como muestran los intensos debates que tienen lugar particularmente en la doctrina anglosajona. A lo largo de estas páginas se querría aclarar si todo lo que no es sujeto de derecho puede ser objeto de un derecho real mientras sirva para ser utilizado por el ser humano o si, por el contrario, las partes separadas del cuerpo pertenecen todavía al sujeto y, por consiguiente, deben considerarse *res extra commercium*. Adelantemos que no existe una respuesta unívoca en los distintos ordenamientos y ni siquiera entre los juristas pertenecientes al mismo sistema jurídico hay acuerdo. A veces la cuestión se enfoca desde una perspectiva estrictamente patrimonial y

* Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo de la Universidad de Barcelona. El texto es un extracto, con modificaciones, de una ponencia más amplia presentada en el congreso «El derecho de la propiedad en la construcción del derecho privado europeo: índices, sistemas adquisitivos y objetos», Universidad de Barcelona, 9 y 10 de junio de 2016, de próxima publicación. La investigación forma parte del proyecto MINECO DER 2014-54267 y se incardina en las actividades del Grup Consolidat de la Generalitat de Catalunya 2014 SGR 22 y del Instituto Transjus de la Universidad de Barcelona.

otras veces, por el contrario, la noción de personalidad trasciende a la lógica del *ius ad rem*.¹ Pero ni siquiera existe una división perfecta, puesto que no es lo mismo tratar del cuerpo que de alguna de sus partes, ni es indiferente de qué partes se trate, ni, por supuesto, es lo mismo que éstas sean órganos, tejidos o fluidos, por no hablar de las diferencias que puedan existir según el origen o productor de los mismos sea una persona viva o ya cadáver. Puesto que la pregunta sobre si es tolerable pronunciarse en términos de «derecho de propiedad» exige tener claro que ese material que sería su objeto está en el comercio, es preciso saber en qué condiciones y, por eso, el trabajo también trata de la gratuidad que rige en esta materia y sus más que probadas excepciones. Unas reflexiones finales, a caballo entre el resumen y la conclusión, servirán para poner de relieve hasta qué punto resulta poco útil tratar de imponer categorías, por lo menos a la vista de los casos difíciles analizados en este trabajo, y cómo las tradicionales exigen ser replanteadas, precisamente a la vista de los cambios sociales.

2. Entre el derecho de propiedad y el derecho de la persona

Desde el punto de vista legal, cualquier paciente tiene la última palabra sobre el control de su cuerpo.² Además, la ley también ampara que sea él quien decida el tratamiento médico o si no quiere recibir ninguno.³ Ahora bien, ese derecho a disponer del propio cuerpo ¿va más allá? Y ¿es ilimitado? El debate tiene un componente ético y

¹ Para el planteamiento, ver Von Bar, Christian (2015), *Gemeineuropäisches Sachenrecht*, I, Beck, Múnich, pp. 135-136; Godt, Christine (2013), «The Functional Comparative Method in European Property Law», *European Review of Contract Law* (= ERCL), 2 (1) [pp. 73-89], pp. 79, 85. También plantean la dicotomía, siquiera para explicar el estado de la cuestión en la doctrina italiana, Zatti, Paolo y Klesta, Laurence (2012), «Le statut juridique du corps humain en Italie», *Travaux de l'Association Henry Capitant. Journées suisses* (2009), tomo LIX, Bruylant/LB2V, Bruselas [pp. 153-187], p. 159.

² Art. 212-7 del Libro II del Código civil de Cataluña (= CCCat) (L. 25/2010, del 29 de julio, *del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia*; DOGC núm. 5686, del 5 de agosto).

³ Ver capítulo II (Autonomía de la Persona en el ámbito de la salud), del título I (La persona física), del libro II CCCat; L. 21/2000, del 29 de diciembre, sobre *els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient, i la documentació clínica* (DOGC núm. 3303, del 11 de enero de 2001).

moral que ineludiblemente condiciona el discurso jurídico y que aquí es imposible reproducir íntegramente.⁴ Por eso, sólo algunas ideas básicas permitirán encuadrar los términos de la polémica.

2.1. *¿Propiedad sobre el cuerpo o sus partes separadas?*

La hipótesis de partida podría ser que si la persona es también cuerpo, el cuerpo es de la persona e, intuitivamente, de ello podría derivarse que la persona es propietaria de ese cuerpo y, en consecuencia, ella debería poder decidir qué hacer con él o con partes o productos del mismo. Parecería que no otra cosa es lo que sucede cuando mejora sus funciones gracias al sometimiento a distintas intervenciones, en las múltiples ocasiones en que se injerta implantes, o cuando se somete a distintas operaciones de medicina voluntaria o satisfactiva, e incluso cuando accede a *piercings* y tatuajes.⁵ Sin embargo, tradicionalmente la respuesta es que la libre disposición no es posible porque existen principios éticos y morales, que tienen que ver con la dignidad de la persona, que exigen un respeto por el cuerpo humano. En este sentido, es común afirmar que no se puede comerciar con él y ni siquiera con partes separadas del mismo, porque eso puede dar lugar a explotación y entraña el peligro potencial de dañar a la persona.⁶ Eso es en parte lo que ya sucede en países como Tailandia, Camboya, Filipinas, Birmania, Pakistán, Bangladesh o Ucrania, donde se

⁴ Con detalle, Bergel, Salvador Darío (2007), «Bioética, cuerpo y mercado», *Revista Colombiana de Bioética*, 2 (1), pp. 133-164.

⁵ Berlioz, Pierre (2007), *La notion de bien*, LGDJ, París, p. 125. De «materia prima modelable» habla Rodotà, Stefano (2008), «Aventuras del cuerpo», en Silveira Gorsky, Héctor C. (ed.), *El Derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*, Universitat de Lleida – Icaria, Barcelona [pp. 291-307], p. 305, para exigir nuevas garantías de control.

⁶ Sobre las ideas que preconizan la libertad de vender partes del cuerpo humano y sus consecuencias, ver Sandel, Michael, J. (2013), *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*, DeBolsillo, Barcelona, 4.ª ed. (trad. Juan Pedro Campos Gómez), pp. 85-87. Extensamente, Bergel, «Bioética...», esp. pp. 151-154. En la línea, Hernández Plasencia, José Ulises (2006), «Sistema de aceptación de donantes vivos: análisis comparativo», en Rodés Teixidor, Juan (ed.), *Trasplante de órganos y células. Dimensiones éticas regulatorias*, Fundación BBVA, Bilbao [pp. 465-484], pp. 472-473, quien, sin embargo, se muestra de acuerdo con un sistema de incentivos a la donación. Sobre el particular, ver más abajo, el epígrafe 3 ss.

ha dicho gráficamente que «los pobres venden su cuerpo para que los ricos puedan vivir».⁷

En Europa las leyes regulan rigurosamente la donación de órganos (pulmón, riñones), tejidos (córnea, huesos, piel, médula ósea) o células (óvulos, semen) y establecen el límite de lo tolerable y las condiciones en que la cesión debe producirse. En particular, cuando se trata de donación de órganos *inter vivos*, establecen la necesidad de prestar consentimiento ante el juez (o autoridad equivalente) para que éste pueda comprobar que la decisión es libre y que el donante comprende exactamente su alcance.⁸ Tales precauciones no hacen sino confirmar que la cesión es perfectamente lícita, aunque no en cualquier caso, sino sólo cuando sirve a un fin altruista o de solidaridad, esto es, cuando sirve para salvar o mejorar la vida de otras personas. Hay que tener en cuenta, además, que no puede ser lo mismo disponer de partes del cuerpo o fluidos que se regeneran (sangre, semen, uñas, cabellos, orina) o que son fácilmente sustituibles (dientes), que desprenderse de órganos que no pueden reemplazarse o regenerarse una vez separados del cuerpo y cuya separación, eventualmente, podría causar la muerte de la persona o, cuando menos, el deterioro de su vida (hígados, riñones, pulmones o corazón).⁹ Por lo de-

⁷ Ver entrevista de Ima Sanchís a Jean-Daniel Rainhorn, médico especialista en salud internacional, en la sección «La Contra», en el diario *La Vanguardia*, 15 de julio de 2016 (contraportada): «[E]n India el 83% de las personas a la que se les ha extirpado un órgano son mujeres, las más pobres entre los pobres»; «[Hay] que añadir un artículo a la Declaración de derechos humanos que incluya que no se puede comerciar con los seres humanos según el modelo de abolición de la esclavitud. En la esclavitud se comerciaba con los músculos de las personas, hoy con partes de su cuerpo». El entrevistado ha coordinado un libro con un título provocador: (2015), *New Cannibal Markets. Globalization and Commodification of the Human Body*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, París.

⁸ Artículo 19.2 del *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina* (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997: «[E]l consentimiento [...] deberá ser expresa y específicamente otorgado, bien por escrito o ante una autoridad». En España, ver Instrumento de Ratificación (BOE núm. 251, del 20 de octubre de 1999). Además, el artículo 4 letra c L. 30/1979, del 27 de octubre, *sobre extracción y trasplante de órganos* (BOE núm. 266, del 6 de noviembre de 1979) y Cap. X, arts. 78-80 L. 15/2015, de 2 de julio, *de Jurisdicción voluntaria* (BOE núm. 158, del 3 de julio de 2015). En Italia, artículo 2 de la L. del 26 de junio de 1967 núm. 458, *Trapianto del rene tra persone viventi* (*Gazzetta Ufficiale* del 27 de junio, núm. 160, edición extraordinaria).

⁹ En esta materia rige el principio médico *primum non nocere*, ver Hernández, «Sistema...», en Rodés (ed.), *Trasplante...*, pp. 469-470. Así lo establece también la legislación.

más, la práctica demuestra que diariamente se producen numerosas transacciones con partes del cuerpo: el comercio de pelucas hechas con cabello natural es legal, existen bancos privados que guardan las células madre del cordón umbilical y, por citar un último ejemplo, la donación de material genético no es en absoluto infrecuente. Se trata, pues, de bienes *intra commercium* de los que el titular puede disponer libremente. Por consiguiente, si el sujeto tiene un indiscutible poder de decisión, ¿por qué no reconocerle la propiedad sobre esas partes separadas de su cuerpo? Muchos juristas en Alemania, Escocia, Austria, Italia, Grecia o Hungría responderían afirmativamente a esa pregunta.¹⁰ También es conocida la visión de los jueces ingleses en ese sentido.¹¹ Al referirme a la propiedad no aludo a la intelectual sobre el material que ha sido transformado gracias al trabajo de otros, porque está claro que, en tal caso, la propiedad sí que se reconoce y además se protege en forma de patente, precisamente a las instituciones, investigadores o empresas que trabajan esos tejidos que, por cierto, nadie diría que no persiguen un ánimo de lucro.¹²

Por ejemplo, en España, ver el artículo 8.1 letra *b* del Real Decreto 1723/2012, del 28 de diciembre, *por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad* (BOE núm. 313, del 29 de diciembre de 2012). En Portugal, ver el artículo 6.7 de la Lei núm. 12/93, del 22 de abril, *colheita e transplante de órgãos*.

¹⁰ Ver las referencias en Von Bar, *Gemeineuropäisches...*, pp. 135-136.

¹¹ *English Court of Appeal R vs. Kelly* (1998) 3 All ER 741. Se suele citar también la influencia de la decisión de la High Court australiana en *Doodeward vs. Spencer* (1908) 6 CLR 406. Para un relato sucinto, Forster, Charles (2013), *Medical Law. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, pp. 114-118. Con detalle, Mason, J. Kenyon y Laurie, Graeme T. (2013), *Mason & McCall Smith's. Law & Medical Ethics*, Oxford University Press, Oxford, 9.ª ed., pp. 480 y ss.; Skene, Loane (2014), «The current approach of the courts», *Journal of Medical Ethics*, 40, pp. 10-13. Referencias también en Von Bar, *Gemeineuropäisches...*, p. 137, nota 89.

¹² En España, el artículo 7.2 de la L. 14/2007, del 3 de julio, *de Investigación biomédica* (BOE núm. 159, del 4 de julio de 2007) es taxativo: «[L]a donación implica, asimismo, la renuncia por parte de los donantes a cualquier derecho de naturaleza económica o de otro tipo sobre los resultados que pudieran derivarse de manera directa o indirecta de las investigaciones que se lleven a cabo con dichas muestras biológicas». Es conocido el caso *Moore vs. Regents of the University of California* (1990), de la Supreme Court of California, que negó al demandante, enfermo de leucemia, el derecho a participar en los resultados económicos de la patente a que dio lugar la línea celular creada por los investigadores a partir de su semen y sin su previo consentimiento. El tribunal negó la propiedad de las células al enfermo y, por consiguiente, no pudo condenar al médico por un *tort of conversion*. Ver Mason & Laurie, *Mason & McCall Smith's Law...*, pp. 480-481. Ver ahora S. 32 (9) (c) *Human Tissue Act* 2004.

2.2. ¿O derecho de la personalidad y de autodeterminación?

La respuesta a si es o no tolerable pronunciarse en términos de «derecho de propiedad» sobre partes del cuerpo, fluidos o tejidos, viene en buena parte condicionada por el debate sobre la admisibilidad de comerciar con partes o productos del cuerpo humano.¹³ Como esto generalmente se prohíbe, los juristas tienden a argumentar en términos de «derechos de la personalidad» a la hora de admitir la licitud de la disposición de aquellas partes o productos.¹⁴ El lenguaje de la propiedad o de los «derechos patrimoniales» parece tratar a la persona como una mercancía u objeto (de derechos) y, en general, genera rechazo. Ése parece ser el punto de vista del legislador francés, que, en virtud de la L. del 29 de julio de 1994, ha introducido en el Código Civil normas sobre la integridad del cuerpo humano (artículos 16 y 16-1 a 9 *Code*) que prescriben la imposibilidad de que éste, o sus partes o productos, sea objeto de tráfico.¹⁵ Si el cuerpo no es objeto, sino sujeto de derecho, que la persona deba consentir la disposición o el uso que se dé a partes del mismo o a su material genético, no debería significar nada en términos de «propiedad», ni para la persona que se desprende de las mismas, ni tampoco para quien las recibe. Parece que tratar las decisiones sobre el propio cuerpo en términos de dignidad y autodeterminación y desde el punto de vista de los derechos inalienables (por ejemplo vida, salud, integridad, privacidad) se acomoda mejor a la idea de que las partes del cuerpo son consideradas *rei extra commercium*. Esa perspectiva, que continúa siendo mayoritaria en España, sitúa el tema en las coordenadas del *sujeto* del derecho y lo aleja del *objeto* del mismo y la consiguiente cosificación.¹⁶ Todavía repug-

¹³ Sobre el particular, ver más abajo el epígrafe 3 ss.

¹⁴ Para un planteamiento sucinto del problema, Von Bar, *Gemeineuropäisches...*, pp. 137-138. Más ampliamente, Bergel, Salvador Darío (2011), «Aportes para un estatuto de las partes separadas del cuerpo», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 35 [pp. 65-100], pp. 79-87. Para una aproximación reciente al concepto de «derechos de la personalidad», ver García Rubio, M.^a Paz (2013), «Los derechos de la personalidad», en Gete-Alonso, M.^a Carmen (dir.) y Solé Resina, Judith (coord.), *Tratado de derecho de la persona física*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 595-631.

¹⁵ Artículo 3 de la L. núm. 94-653 del 29 de julio de 1994 (JORF 30 de julio de 1994). En particular, ver los artículos 16-1.3, 16-5, 16-6.

¹⁶ Relaciona dignidad y derechos sobre el cuerpo y tejidos humanos, García Rubio, «Los derechos...», en Gete-Alonso (dir.), *Tratado...*, p. 612. Claramente partidario de ese enfoque, Gordillo Cañas, Antonio (1987), *Trasplantes de órganos: «pietas» familiar y solidaridad humana*, Cuadernos Civitas, Madrid, pp. 39-41; Navas Navarro, Susana, «Le

na reducir a la condición de cosa a una persona y, en el sentir de esa doctrina, eso es exactamente lo que sucedería si el cuerpo humano o partes o productos del mismo fueran tratados como objeto de un derecho patrimonial. En los manuales españoles al uso, es común tratar el problema que ahora nos ocupa al abordar la explicación del Derecho de la persona y, en particular, los derechos de la personalidad y, más concretamente, el derecho a la integridad física.¹⁷

2.3. Algunos casos difíciles

Aunque no faltan en España juristas que reconocen la posibilidad de disponer de partes separadas del cuerpo y sustancias que se regeneran (leche materna, sangre o médula ósea), esos mismos juristas manifiestan sus recelos respecto a la disposición de sustancias germinales (semen, óvulos y preembriones).¹⁸ De nuevo, el problema consiste en determinar si puede decirse que existe una donación o cualquier otro contrato cuando el sujeto dispone sobre esas «cosas» que se consideran fuera del comercio de los hombres (artículo 1.271 CC) o si más bien tales actos son manifestaciones del derecho de autodeterminación de la persona.¹⁹ En esa polémica también han terciado los tribunales. Todos son casos difíciles, que evidencian la imposibilidad de establecer reglas generales.

statut juridique du corps humain en Droit espagnol», en *Travaux...* [pp. 119-131], p. 121. En relación con las muestras biológicas, Gómez-Salvago Sánchez, Cecilia (2014), «Marco jurídico privado del material biológico de origen humano en la actividad investigadora», *Anuario de Derecho Civil*, 1 [pp. 11-79], pp. 45-49. La misma perspectiva sería la que observarían algunos juristas en Portugal (pero no unánimemente) y en Polonia, según Von Bar, *Gemeineuropäisches...*, p. 138, nota 93.

¹⁷ Como ejemplo, ver Lacruz Berdejo, José Luis *et al.* (1999), *Elementos de Derecho Civil*, 1, Dyckinson, Madrid, p. 72; Hualde Sánchez, José Javier (1995), en Puig Ferriol, Lluís *et al.*, *Manual de Derecho Civil*, 1, Marcial Pons, Madrid, pp. 363-365.

¹⁸ Gil Rodríguez, Jacinto (2011), «Comentario al artículo 333 CC», en De Pablo Contreras, Pedro y Valpuesta Fernández, Rosario (coords.), *Comentario al Código Civil*, Civitas-Thomson, Madrid [pp. 1353-1356], p. 1355.

¹⁹ Partidario de esto último, Soto Díez, Carlos (2007), «Comentario al artículo 5», en Lledó Yagüe, Francisco *et al.* (dirs.), *Comentarios científico-jurídicos. Ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Dyckinson, Madrid [pp. 88-97], p. 90.

2.3.1. La destrucción de material genético masculino

Que el semen, una vez expulsado del cuerpo, pueda ser objeto de propiedad es algo generalmente admitido por la doctrina en países como Alemania, Hungría, el Reino Unido o los Países Bajos.²⁰ En algunos, los tribunales han tenido que enfrentarse a esa cuestión, con ocasión de las demandas por destrucción negligente de ese semen por parte de la clínica que debía custodiarlo criopreservado. Ante la pretensión del demandado a ser resarcido por el daño psicológico derivado de la pérdida de la oportunidad de procrear (el llamado *solutum o pretium doloris*), la sentencia de la Court of Appeal del Reino Unido, *Yearworth and others vs. North Bristol NHS Trust*²¹ reconoció un derecho de propiedad sobre el material genético. El tribunal declaró a la demandada responsable en virtud de un daño contra la propiedad del semen que aquella conservaba en *bailment* (depósito); ya no podía devolverlo y ello equivalía a decir que el demandante había visto lesionada su propiedad, esto es, el derecho de usar el esperma y controlar el uso que del mismo se hiciera. De ahí que pudiera reclamar una indemnización por daños psicológicos y psiquiátricos, siempre que tales padecimientos fueran una consecuencia previsible derivada de la infracción del deber del demandado y así se pudiera probar. El tribunal negó expresamente que hubiera habido una lesión al cuerpo, contrariamente a lo que unos años antes decidieron los jueces en Alemania. En efecto, la sentencia del Bundesgerichtshof del 9 de noviembre de 1993²² consideró que aunque el esperma hubiera sido enteramente separado del cuerpo y ya no formara parte de él, su función era la que tendría si todavía se encontrara en el cuerpo humano, es decir, la de fertilizar un óvulo y procrear. Por consiguiente, el tribunal entendió que existía un daño al cuerpo y acordó la indemnización derivada de la frustración de la única oportunidad de ser padre que le quedaba al demandante.²³ En Escocia, la doctrina había reaccionado frente a la solución propuesta en *Yearbook* proclamando la

²⁰ Referencias en Von Bar, *Gemeineuropäisches...*, pp. 137-138.

²¹ (2009), EWCA Civ 37.

²² BGH del 9 de noviembre de 1993 – VI ZR 62/93 (BHZ 124, 52-57; JZ 1994, 464-465). Un extracto de la sentencia en inglés es tomado de <<http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=157>>, consultado el 26 de julio de 2016.

²³ Ver Banert, Christian (2011), «Die Vernichtung von eingefrorenem Sperma als Rechtsproblem», *European Review of Private Law* [ERPL], 2 [pp. 283-290], pp. 287-288.

necesidad de proteger el derecho a procrear a través de la protección al derecho de la personalidad o la dignidad de las personas²⁴ y, según parece, en la reciente sentencia *Holdich vs. Lothian Health Board*, los jueces escoceses tampoco prestaron un claro apoyo a la teoría de la propiedad.²⁵

Es común a los tres casos la necesidad de reconocer el control sobre el uso que se haga del material separado del cuerpo, de manera que los jueces buscan soluciones dentro de los límites del propio ordenamiento. No está de más señalar que en el momento en que se dictó la sentencia alemana, el BGB no reconocía la existencia de un daño moral cuando el bien lesionado era la propiedad. Y que si, por el contrario, el juez inglés no hubiera reconocido la propiedad del semen, nunca podría haberse declarado la infracción de un contrato de depósito ni ninguna indemnización, a la vista de la calificación como «ficción» que hace el tribunal inglés de los argumentos de los jueces alemanes.

2.3.2. La disposición de gametos y embriones

Por dos veces, el Tribunal Constitucional español ha tenido ocasión de aclarar que donar embriones no equivale a patrimonializar o cosificar a la persona. Primero fue la sentencia (=STC) 212/1996, dictada contra la (hoy derogada) Ley 42/1988 del 28 de diciembre, *de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos* que, a pesar de contar con un voto particular discrepante que afirmaba que los embriones vivos no pueden ser objeto de contrato, expresaba en el FJ 8 la siguiente idea:²⁶

²⁴ Ver Farran, Sue (2011), «Storing Sperm in Scotland: A Risky Business?», *ERPL*, 2 [pp. 258-273], pp. 271-272; Harmon, Shawn (2011), «Yearworth vs. North Bristol NHS Trust: A property/medical case of uncertain insignificance?», *Working Paper Series*, núm. 32, University of Edinburgh School of Law, pp. 12-15, tomado de <<http://ssrn.com/abstract=1948099>>, consultado el 26 de julio de 2016.

²⁵ [2013] CSOH 197, 2014 SLT 495. Ver Reid, Kenneth G. C. (2015), «Body Parts and Property», *Research Paper Series*, núm. 2015/25, University of Edinburgh School of Law, pp. 1-18.

²⁶ La sentencia fue dictada en respuesta al recurso de inconstitucionalidad promovido por Federico Trillo-Figueroa y Martínez-Conde, comisionado por 78 diputados del Grupo Parlamentario Popular. La ley fue impugnada en su totalidad y subsidiariamente contra los artículos 1, 2, 3, apartados 2 y 3, 5 apartado 1, 5 apartado 3, 7, 8, 9 y Disposición Adicional Primera, apartados d) y e), por contradecir los artículos 9, 10, 15, 25, 53 y

[T]anto en relación con el artículo 1 como en otros sucesivos (artículos 2, 3.2, 7 y Disposición adicional primera), se reprocha a la Ley el que emplee un concepto, el de donación, de preciso significado, sostienen, en nuestro Derecho y que estiman incompatible con la dignidad de la persona en cuanto supone la patrimonialización de seres humanos, cualquiera que sea su grado de desarrollo. Aclarado, sin embargo, que la Ley no prevé la donación sino de embriones o fetos muertos o, en todo caso, no viables (o de estructuras biológicas procedentes de los mismos cuya muerte ya ha sido constatada, artículo 6), tal reproche carece totalmente de sustento desde el momento en que esta singular «donación», al igual que la de órganos humanos regulada en la Ley 30/79, o incluso la del cadáver de una persona, no implica en modo alguno la «patrimonialización», que se pretende de la persona, lo que sería desde luego incompatible con su dignidad (artículo 10.1 CE), sino, justamente, la exclusión de cualquier causa lucrativa o remuneratoria, expresamente prohibida por el artículo 2 d) de la Ley: «Que la donación y utilización posterior nunca tengan carácter lucrativo o comercial».

Poco tiempo después siguió la STC 116/1999, del 17 de junio, dictada a propósito del recurso de inconstitucionalidad contra la (hoy derogada) Ley 35/1988, del 22 de noviembre, *de técnicas de reproducción asistida*, cuyo FJ 11 dice así:²⁷

Cumple recordar que ni los preembriones no implantados ni, con mayor razón, los simples gametos son, a estos efectos, «persona humana», por lo que del hecho de quedar a disposición de los bancos tras el transcurso de determinado plazo, difícilmente puede resultar contrario al derecho [...] a la dignidad humana (artículo 10.1 CE), tal como, sin embargo, sostienen los recurrentes. [P]or su parte, el artículo 5.1 es impugnado en la medida en que permite la donación de gametos y preembriones, porque, según se afirma en el recurso, ello «patrimonializa y convierte en objeto humano a un individuo fruto de la concepción», lo que resulta incompatible con el art. 15 C.E. Sin embargo, como se declaró en la STC

81 de la Constitución Española (BOE núm. 19, del 22 de enero de 1997). El voto particular corresponde al magistrado José Gabaldón López.

²⁷ Sentencia pronunciada como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad promovido por diputados del Grupo Parlamentario Popular. La ley fue impugnada en su totalidad y, subsidiariamente, contra distintos apartados de la misma (BOE núm. 162. Suplemento del 8 de julio de 1999).

212/1996 (fundamento jurídico 8º), en relación con ciertos preceptos de la Ley 42/1988, esta singular donación «no implica en modo alguno la «patrimonialización», que se pretende, de la persona, lo que sería desde luego incompatible con su dignidad (artículo 10.1 CE), sino, justamente, la exclusión de cualquier causa lucrativa o remuneradora, expresamente prohibida»; prohibición que, en este caso, se encuentra en el artículo 5.3 de la Ley que ahora enjuiciamos. En definitiva, el objeto perseguido por el artículo 5.1 de la Ley no es otro que el de garantizar que los gametos y los preembriones en ningún caso puedan ser jurídicamente considerados como bienes comercializables, por lo que, en consonancia con la doctrina antes citada, el precepto impugnado no ofrece tacha alguna de inconstitucionalidad.

En la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), del 27 de agosto de 2015, *Parrillo c. Italia*, el TEDH no se ha atrevido a ir tan lejos y afirmar que los embriones congelados no son persona, pero tampoco ha dicho lo contrario, puesto que no entra en el problema sensible y controvertido de determinar cuándo comienza la vida. En el caso en estudio, la demandante era una ciudadana italiana que, una vez frustrado su proyecto de formar una familia por muerte sobrevenida de su compañero, quería poder decidir donar a la investigación científica sus embriones *in vitro*, a pesar de que la legislación italiana no se lo permitía. El Tribunal cree que los embriones no son bienes en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1 del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades (CEDH),²⁸ porque entiende que el citado precepto tiene un ámbito meramente económico y patrimonial (§§ 214-215). De ello cabría deducir que no excluye que pueda existir una propiedad sin ese valor económico, salvo que quiera crear algo tan improbable como un *tertium genus* entre propiedad y persona. En realidad, la mayoría de los jueces considera que los embriones son una parte constituyente del material genético y de la identidad biológica de la demandante y, por consiguiente, constituyen una parte de la misma (§ 158). El argumento sirve para afirmar el derecho de autodeterminación sobre el

²⁸ Artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales: «[1] Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional».

propio cuerpo (§ 159) y, por consiguiente, para reconocer que el derecho a decidir cuál deba el destino de los embriones entra dentro de lo que debiera considerarse el derecho a la vida privada (artículo 8 del CEDH).²⁹

3. Que se prohíba el ánimo de lucro no implica que se prohíba disponer de órganos, tejidos o fluidos

Es tan frecuente afirmar que los órganos y partes del cuerpo son *res extra commercium* como lo es que la persona puede disponer de los mismos de forma altruista.³⁰ Por tanto, no se pueden vender —aunque es evidente que algunas partes del cuerpo sí que se pueden vender—, pero sí que se pueden donar, porque eso no hiera la sensibilidad ni es contrario a la moral social.³¹ La consecuencia es, contrariamente a lo

²⁹ Otra cosa es que finalmente el TEDH conceda un amplio margen de apreciación al Estado italiano y entienda que éste no ha violado el precepto. Sobre la sentencia, muy controvertida, un apunte en Winkler, Matteo (2006), «Il divieto italiano di ricerca sugli embrioni al vaglio della Corte europea dei diritti umani (nota a CEDU, 27.8.2015, Parrillo vs. Italia)», *Il Familiarista*, del 8 de enero, tomado de <www.academia.edu>, consultado el 26 de julio de 2016. Más crítica, ver Farnós Amorós, Esther (2016), «La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans vs. Reino Unido a Parrillo vs. Italia», *Revista de Bioética y Derecho & Perspectivas Bioéticas*, 36 [pp. 93-111], pp. 106-108. Especialmente disconforme, ver Torroja Mateu, Helena (2016), «¿Un Derecho de Propiedad sobre los embriones in vitro? ¿Un derecho a decidir su donación a la ciencia? Un controvertido debate (TEDH, Parrillo vs. Italia)», *Revista General de Derecho Europeo*, 39, pp. 1-24.

³⁰ Así, Lacruz *et al.*, *Elementos...*, p. 72; Navas Navarro, «Le statut juridique...», en *Travaux...*, p. 121; Farnós Amorós, Esther (2011), *Consentimiento a la reproducción humana asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, p. 142, nota 432. En la línea, en Francia, Libchaber, Rémy (2004), «La recodification des biens» en *Le Code civil 104-2004. Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec-LexisNexis, París [pp. 297-372], p. 343: «[À] fin de protection individuelle, l'extrapatrimonialité est limitée à celui qui pourrait faire de son corps une source de richesse...».

³¹ En Italia, el artículo 5 del CC italiano claramente no prohíbe cualquier acto de disposición y otras leyes regulan la donación de riñones [artículo 1pr. de la L. del 26 de junio de 1967, núm. 458, «Trapianto del rene tra persone viventi» en la *Gazzetta Ufficiale* del 27 de junio, núm. 160, edición extraordinaria] o de una parte del hígado [artículo 1 de la Ley del 16 de diciembre de 1999, núm. 483, en la *Gazzetta Ufficiale* núm. 297 del 20 diciembre de 1999]. Mazzoni, Cossimo Marco (2001), «Diritti della personalità», en Bessone, Mario (ed.), *Lineamenti di Diritto Privato*, Giappichelli, Turín, 2.ª ed. [pp. 65-71], p. 66, llama la atención sobre la referencia «quasi esclusivamente di natura patrimoniale» contenida en el artículo 5 del CC italiano, aunque sólo sea para advertir que «si è andato quasi del tutto a perdere a favore dell'altro principio fondamentale della libertà del soggetto».

que por lo general suele afirmarse, que éstos son bienes que sí que están en el comercio.³² Lo único que se prohíbe es que se obtenga una remuneración por el trasplante de órganos o cualquier lucro derivado de la cesión de tejidos u otros materiales.

La prohibición de ánimo de lucro es un principio general en la legislación y en los códigos éticos que existen en el ámbito internacional. Por ejemplo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Biomedicina,³³ la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,³⁴ los Principios rectores de la Organización Mundial de la Salud sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos,³⁵ o el Convenio sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos del Consejo de Europa.³⁶ A propósito de la investigación sobre materiales biológicos de origen humano, la gratuidad también viene impuesta por la Recomendación del Consejo de Europa (2006) 4,³⁷ por citar sólo uno de los muchos códigos éticos que existen en el ámbito internacional. Las legislaciones nacionales no son ninguna excepción.³⁸ Baste citar parte de la abundante normativa en España,³⁹ Italia,⁴⁰ Portugal,⁴¹

³² Von Bar, *Gemeineuropäisches...*, p. 137.

³³ Artículo 21 del Convenio de Oviedo (ver referencia de la nota 8): «[E]l cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro».

³⁴ El artículo 3.2, tercer guión (DO C 364, de 18 de diciembre de 2000).

³⁵ Principios aprobados por la 63.ª Asamblea Mundial de la Salud, de mayo de 2010, en su resolución WHA 63.22. Ver Principio rectores 5, 6 y 8.

³⁶ Ver artículo 4.1, letras *b* y *c* del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos del Consejo de Europa, de 9 de julio de 2014, tomado de <<http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/conference/Traducci%C3%B3n%20Tratado%20Tr%C3%A1fico%20%C3%93rganos.pdf>>, consultado el 26 de julio de 2016.

³⁷ Artículo 7 Recommendation (2006) 4 of the Committee of Ministers to Member States on research on biological materials of human origin (Adopted by the Committee of Ministers on 15 March 2006 at the 958th meeting of the Ministers' Deputies).

³⁸ Von Bar, *Gemeineuropäisches...*, p. 137, nota 90; Hernández, «Sistema...», pp. 470-471.

³⁹ Artículo 2 de la Ley 30/1979, del 27 de octubre, *sobre extracción y trasplante de órganos*; artículos 4.2 y 7 Real Decreto 1723/2012, del 28 de diciembre, *por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad* (BOE núm. 313, del 29 de diciembre de 2012); artículos 7.1, 58.3 de la Ley 14/2007, del 3 de julio, *de investigación biomédica* (BOE núm. 159, del 4 de julio de 2007).

⁴⁰ Artículo 6 de la Ley del 26 de junio de 1967 núm. 458, «Trapianto del rene tra persone viventi», en la *Gazzetta Ufficiale* del 27 de junio núm. 160, edición extraordinaria).

⁴¹ Artículo 5 de la Ley núm. 12/93, del 22 de abril, *colheita e transplante de órgãos*.

Francia⁴² o Inglaterra.⁴³ La transposición de la Directiva 2004/23, en relación con la donación de células y tejidos⁴⁴ y la Directiva 2010/45, a propósito de los órganos destinados al trasplante,⁴⁵ tampoco deja otro margen.

De acuerdo con el Comité de Bioética de Cataluña, sobre consideraciones éticas en los trasplantes en vivo, la donación a cambio de una compensación material puede ser un acto libre, pero no es un acto justo porque atenta contra el principio de igualdad. Si se acepta la donación a cambio de un bien material, sólo los más desposeídos aceptarían el intercambio, «y eso en las mejores condiciones posibles, cuando las agencias aseguradoras actúan como intermediarias y evitan la compraventa directa, regulada por las leyes del mercado que siempre favorecen a los más ricos».⁴⁶

3.1. La indemnización por las molestias causadas

La prohibición de ánimo de lucro no es incompatible con poder satisfacer una indemnización por las molestias causadas. Basta observar la legislación sobre donación de sangre para constatarlo.⁴⁷ Sin embargo, a veces se enfatiza que no puede haber tráfico comercial

⁴² Artículo 1211-4 *Code de la Santé Publique*.

⁴³ Sect. 32 *Human Tissue Act* 2004.

⁴⁴ Artículo 12 Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 31 de marzo de 2004, *relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos* (DO L 102, de 7 de abril de 2004). Omite cualquier consideración sobre la remuneración el Reglamento (CE) N° 1394/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 sobre medicamentos de terapia avanzada (DO L 324, del 10 de diciembre de 2007), si bien la Exposición de Motivos de la norma se remite a la acabada de mencionar para el caso de que un medicamento de terapia avanzada contenga órganos y tejidos; en ese sentido, recalca la necesidad de observar el principio de que la donación es no remunerada (§§ 14-15).

⁴⁵ Artículo 13 Directiva 2010/45, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 7 de julio de 2010, *sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante* (DO L 207, del 6 de agosto de 2010).

⁴⁶ <http://comitebioetica.cat/wp-content/uploads/2012/05/consideracions_eticas_trasplantes_donante_vivo.pdf>, consultado el 26 de julio de 2016, p. 11.

⁴⁷ En España, artículo 4 del Real Decreto 1088/2005, del 16 de septiembre, *por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión* (BOE núm. 225, del 20 de septiembre de 2005). En Francia, ver el artículo 1221-1 y 3 *Code de la Santé Publique*.

sobre el tejido humano y, en cambio, se pone «precio» a ese material.⁴⁸ ¿No es eso un indicio de mercantilización?⁴⁹ Probablemente la respuesta dependa de lo elevada que sea esa compensación; ésta variará en función de cuáles sean las molestias y, sobre todo, de cuál sea el riesgo que comporte la extracción. Así, mientras donar semen es algo inocuo, no puede decirse lo mismo respecto de la donación de ovocitos, que además de exigir un tratamiento hormonal, precisa de una intervención quirúrgica. Por eso, esta donación tiene una contrapartida económica indemnizatoria mucho más elevada. En el año 1997 y al amparo de las anteriores leyes de reproducción asistida, que eran deliberadamente inconcretas, la Comisión sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (que asesora al Departamento de Salut de la Generalitat de Cataluña en esta materia) calculó que los gastos compensables incluían desplazamiento, horas de trabajo perdidas y dietas de alimentación y que podían llegar hasta los 600 euros.⁵⁰ Luego, el artículo 5.3 de la Ley 14/2006, del 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida*,⁵¹ estableció expresamente que la compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico. El precepto añade que el Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación. En la práctica, contando con el margen que imponen las clínicas, parece que el precio es sensiblemente superior a aquella

⁴⁸ En Bélgica, ver el artículo 6 *Loi relative à l'obtention et à l'utilisation de matériel corporel humain destiné à des applications médicales humaines ou à des fins de recherche scientifique*, del 19 de diciembre de 2008 y *arrêté ministériel fixant le prix du matériel corporel humain* del 14 de octubre de 2009, tomado de <http://www.faggafmips.be/fr/items-HOME/Lois_et_Arretes>, consultado el 26 de julio de 2016. En Francia es lícita la venta de determinados productos del cuerpo humano (a determinar por decreto del Consejo de Estado), cuando ello sea usual (Ley 1211-8 *Code de la Santé Publique*). Cfr. Berlioz, *La notion de bien...*, p. 116.

⁴⁹ Centran la atención en la existencia de prácticas comerciales sobre tejidos humanos en distintos países, Lenk, Christian y Beier, Katharina (2012), «Is the Commercialisation of Human Tissue and Body Material Forbidden in the Countries of the European Union», *Journal of Medical Ethics* (38), pp. 342-326.

⁵⁰ Ver <<http://comitebioetica.cat/wp-content/uploads/2012/02/donoocreprec.pdf>> (agradezco a la doctora María Casado la facilitación del enlace).

⁵¹ BOE núm. 126, del 27 de mayo de 2006.

cifra y oscila alrededor de los 900 euros, según unas indicaciones;⁵² y entre 1.000 y 1.200, según otras.⁵³ Las cifras son sensiblemente más bajas en otros países y, en particular, en el Reino Unido.⁵⁴ Naturalmente, la previsión de una compensación influye en la edad y condición civil de los donantes.⁵⁵

El problema es que generalmente no es fácil saber dónde acaba la indemnización y dónde empieza la remuneración. Además, si bien se mira, el precio de una compraventa no tiene por qué ser justo, ni procurar provecho. Precisamente con ese argumento la jurisprudencia francesa admite que la sangre es susceptible de ser objeto de un contrato oneroso entre el centro de transfusión sanguínea y el donante (en el caso, un enfermo de SIDA), aunque el precio se disfraze de suma dada en compensación de los gastos.⁵⁶ Además, muchas veces no existe transparencia en el proceso porque las compensaciones económicas se sustituyen por compensaciones en especie.⁵⁷ Por lo demás, a la vista de la publicidad masiva e indiscriminada en las universidades o a través de Internet, se diría que en algunos países exis-

⁵² Según Farnós Amorós, Esther (2010), «European Society of Human Reproduction and Embryology 26th Annual Meeting. Roma, 27-30 de junio, 2010», *InDret*, 3, p. 12. Ver también Olaya Godoy, María (2014), *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*, Dyckinson, Madrid, pp. 281-282.

⁵³ En la página web del Institut Marquès se puede leer: «[E]n el nostre centre, aquesta compensació la quantifiquem en 1.000 euros en el primer cicle, 1.100 euros en el segon, y 1.200 euros a partir del tercer», tomado de <<http://institutomarques.com/ca/reproduccio-assistida-2/tractaments/donacio-dovuls-semen-i-embrions/>>, consultado el 26 de julio de 2016.

⁵⁴ Según García-Ruiz, Yolanda y Guerra-Díaz, Diana (2012), «Gamete and embryo donation: a legal view from Spain», en Richards, Martin; Pennings, Guido y Appleby, John B. (eds.), *Reproductive Donation. Practice, Policy and Bioethics*, Cambridge University Press, Cambridge [pp. 112-129], pp. 115.

⁵⁵ García-Ruiz y Guerra-Díaz, «Gamete and embryo donation...», en Richard, Pennings y Appleby (eds.), *Reproductive...*, pp. 121-122.

⁵⁶ *Tribunal de Grande Instance* de Toulouse, del 16 de julio de 1992. Ver Berlioz, *La notion de bien...*, p. 119. La cita también en Von Bar, *Gemeineuropäisches...*, p. 139, nota 97.

⁵⁷ Denunciaba esa falta de transparencia en España, antes de la aprobación de la Ley de Reproducción humana asistida de 2006, Díaz Martínez, Ana (2006), «Las figuras contractuales en la reproducción asistida humana: especial estudio de la prestación de servicios de medicina reproductiva en centros privados», en Díaz Martínez, Ana (coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Dyckinson, Madrid, p. 87. Para el Reino Unido, García-Ruiz y Guerra-Díaz, «Gamete and embryo donation...», en Richard, Pennings y Appleby (eds.), *Reproductive...*, p. 115.

te un verdadero mercado.⁵⁸ Es responsabilidad del equipo médico velar porque el procedimiento sea correcto y la Administración debe garantizar que las donaciones sean altruistas.⁵⁹

3.2. El problema de la transparencia

A propósito de la presentación del segundo informe sobre la donación voluntaria y no remunerada de tejidos y células, el Parlamento Europeo advertía, en su resolución del 11 de septiembre de 2012,⁶⁰ que todavía quedaba mucho por hacer. El Parlamento observaba que los tejidos y células donados, como la piel, los huesos, los tendones, las córneas o las células madre hematopoyéticas se utilizan cada vez con mayor frecuencia en terapias médicas y como materias primas para la elaboración de medicamentos de terapia avanzada, y recordaba que la Directiva 2004/23/CE ordena a los Estados miembros que se esfuercen por garantizar las donaciones voluntarias y no remuneradas de células y tejidos y que tal obtención se efectúe sin ánimo de lucro.⁶¹ A la vista de los datos presentados por los Estados a la Comisión Europea sobre la práctica de la donación voluntaria y no remunerada, el informe arroja los siguientes datos: de los 29 países que enviaron las aclaraciones requeridas, 27 cuentan con algún tipo de disposición (vinculante o no) que rige el principio de la donación voluntaria y no remunerada de tejidos y células; 13 países disponen de principios rectores relativos a la posibilidad de ofrecer algún tipo de compensación o incentivos a los donantes de tejidos y células; 19 países habían comunicado que ofrecían algún tipo de compensación o incentivos a los donantes vivos de tejidos y células (salvo si se trata de células reproductoras); 14 países ofrecían algún tipo de compensación o incentivos a los donantes de células reproductoras; cuatro paí-

⁵⁸ En Dinamarca, los precios del esperma están anunciados en <<https://dk.cryosininternational.com/donor-sperm/prices-and-payment>>, consultado el 26 de julio de 2016.

⁵⁹ Ver el documento «Consideraciones éticas en los trasplantes de donante vivo», del Comité de Bioética de Cataluña, enero de 2012, esp. pp. 14-16, tomado de <http://comitebioetica.cat/wp-content/uploads/2012/05/consideracions_eticas_trasplantes_donante_vivo.pdf>, consultado el 26 de julio de 2016.

⁶⁰ Resolución del Parlamento Europeo del 11 de septiembre de 2012, sobre la donación voluntaria y no remunerada de tejidos y células (2011/2193[INI]) [DO CE 353, del 3 de diciembre de 2013].

⁶¹ Ver referencia de la nota 44.

ses ofrecían algún tipo de compensación o incentivos a los familiares de los donantes fallecidos. El Parlamento insiste en la necesidad de prohibir ofrecer u obtener beneficios económicos o ventajas comparables y, en su caso, previa publicitación de la necesidad o disponibilidad de tejidos y recuerda el fin terapéutico que debe tener toda donación. Observa que la Carta de los Derechos Fundamentales (vinculante en la Unión Europea) prohíbe que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro,⁶² pero constata que, a pesar de ello, aún subsisten dudas acerca de la compatibilidad con este principio ético de determinados tipos de compensaciones concedidas en relación con las donaciones y, en particular, cuando se abonan a familiares de donantes fallecidos.

Al margen de principios éticos, el Parlamento considera que la donación no remunerada es necesaria para proteger la salud del donante y del receptor, ya que la implicación de sumas elevadas de dinero puede inducir a que el donante asuma riesgos y pueda obstaculizar la divulgación de los riesgos en su historial médico. Por eso pide a la Comisión que vigile atentamente los acontecimientos que se registren en los Estados miembros, que examine detenidamente todos los informes de la sociedad civil y de los medios de comunicación sobre la vulneración del principio de la donación voluntaria, y que adopte las medidas adecuadas e incluso, si fuera necesario, entable procedimientos de infracción, y que le informe sobre las prácticas y los criterios nacionales actuales para la compensación de los donantes vivos, en particular en cuanto a la donación de óvulos. Además, considera fundamental que todos los Estados miembros definan claramente las condiciones en que se deberá acordar la indemnización, que recuerda que debe ser justa y proporcionada, teniendo en cuenta que se debe limitar a los gastos incurridos con la donación de tejidos y células (por ejemplo, los gastos de viaje, la pérdida de ingresos y los gastos médicos y los posibles efectos secundarios); considera que dichas compensaciones han de ser transparentes y estar sujetas a auditorías periódicas. Pide a los Estados miembros que velen por que las compensaciones que se abonen a los donantes sean compatibles con los principios éticos y recomienda que se preste especial atención a este aspecto cuando las compensaciones no se abonen al donante sino a sus familiares en caso de que éste fallezca.

⁶² Ver referencia de la nota 34.

La cuestión de la transparencia está siendo analizada por la Comisión Europea para el conjunto de países de la Unión Europea, tal y como le exhortaba el Parlamento. El reciente informe sobre la aplicación del artículo 12 Directiva 2004/23,⁶³ revela la dificultad de llevar a cabo una evaluación exhaustiva de la aplicación del principio de donación voluntaria y no remunerada por parte de los Estados miembros y vuelve a insistir en la necesidad de mantener ese principio, no sólo por razones éticas, sino también porque, como ya advertía el Parlamento, puede contribuir a unos mayores niveles de seguridad para las células y los tejidos y, en consecuencia, a mejorar la protección de la salud humana. En particular, se afirma que:

[S]i se permitiera pagar a los donantes, algunas personas podrían encontrar la remuneración monetaria tan importante que podrían ocultar información médica o conductual relevante. La realización de evaluaciones y pruebas adicionales puede reducir la posibilidad de contagio de un donante a un receptor, pero no eliminarla por completo. En consecuencia, la información proporcionada por el donante o su familia contribuye a una evaluación precisa de todos los riesgos asociados a la aplicación de tejidos o células donados.⁶⁴

Ahora bien, según parece, la prohibición, que todavía no existe en todos los países, no evita que en algunos se pague por la donación de gametos y que, en otros, la posibilidad de compensar a los donantes de tejidos y células no sea más que la descripción de las prácticas autorizadas. Por consiguiente, en unos casos se trata de simples indemnizaciones y, en otros, de auténticos incentivos que constituyen una remuneración en dinero u otro tipo de prácticas. Aun así se matiza que las diferencias de poder adquisitivo entre los Estados miembros también podrían explicar por qué una medida se considera una «compensación» en un país y un «incentivo» en otro.⁶⁵ A veces los donantes vivos reciben compensaciones que guardan relación con

⁶³ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativo a la aplicación de las Directivas 2004/23/EC, 2006/17/EC y 2006/86/EC por las que se establecen normas de calidad y seguridad para las células y los tejidos humanos (Bruselas, 21 de abril de 2016, COM 223 final).

⁶⁴ Informe..., p. 13.

⁶⁵ *Ibidem*.

índices objetivos (renta mensual, poder adquisitivo), otras veces se trata de cantidades fijas y, entonces, plantea dudas que únicamente los establecimientos receptores de tejidos puedan fijar las cantidades, máxime si resulta que éstas son significativamente elevadas en relación con la renta media mensual; en fin, otras veces la compensación no es sino el reembolso de gastos previamente realizados (de desplazamientos, de medicamentos), que se abonan previa presentación de facturas. Con todo, se admite que los Estados miembros proporcionan escasa información sobre la compensación derivada de las molestias causadas y ello se trata de justificar, por un lado, en la variedad de situaciones que pueden darse (necesidad de pruebas previas, de tratamiento médico previo, duración de la hospitalización, efectos sobre el estado de salud y la capacidad de trabajo); y, por el otro, en las distintas prácticas seguidas en cada hospital.⁶⁶ En ocasiones, los familiares de los donantes muertos también cobran y la remuneración consiste en el pago del sepelio o incineración y funeral, lo cual la Comisión percibe, claramente, como un incentivo, sobre todo en ausencia de consentimiento de la persona fallecida y ante la falta de recursos económicos para sufragar aquellos gastos.⁶⁷

El informe concluye con la necesidad de fomentar una comprensión común del artículo 12 Directiva 2004/23, que aborde el tema de la transparencia de las decisiones referentes a la compensación de los donantes, el tipo y valor de dichas compensaciones. A la vez, se propone abordar las mejores prácticas dirigidas a abordar la suficiencia o autosuficiencia de células y tejidos, con el fin de reducir las carencias, lo cual parece que necesariamente deberá tenerse en cuenta a la hora de dar efectividad al principio de donación voluntaria y no remunerada: «Es necesario encontrar las soluciones más adecuadas para garantizar tanto el respeto del artículo 12 de la Directiva 2004/23/CE como un abastecimiento adecuado de células y tejidos para los pacientes que los necesitan en toda la Unión».⁶⁸

⁶⁶ *Ibidem*, p. 14.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 14-15.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 15.

4. A modo de conclusión

En términos dogmáticos y doctrinales, el debate sobre si es posible ser propietario de partes del cuerpo o sus productos sirve para establecer categorías y determinar qué normas resultan aplicables. Para saber, por ejemplo, si la persona adquiere por ocupación aquella parte que se separa de su cuerpo y debe considerarse abandonada, o si el semen que una clínica se ofrece a crioconservar puede ser objeto de un contrato de depósito. O, en fin, para determinar la corrección de la expresión «donación» de embriones. Algunos pensarán que es mejor decantarse por el modelo de la propiedad porque el consentimiento siempre es revocable; pero la réplica es que nadie puede adquirir la propiedad en contra de quien no quiere desprenderse de ella. Aun podría distinguirse entre los principios del Derecho de la persona cuando los órganos, células y tejidos todavía forman parte del cuerpo, y los principios del Derecho de propiedad cuando ya se han separado del mismo. Con todo, el recurso a una u otra rama del ordenamiento más bien está en función de la respuesta que se quiera obtener y, sobre todo, en función de los límites que ofrezca el propio Derecho. Lo que no puede dejar de reconocerse es que son tan innumerables las transacciones lícitas que se suceden diariamente con partes del cuerpo humano o sus fluidos, que ya no es sensato sostener su condición de bienes *extra commercium*. Que estas transacciones sean gratificadas y cómo o con qué cantidad es, hoy por hoy, la cuestión más importante. Quizá habrá que empezar a pensar en la bondad de los incentivos a la donación si, como parece, la demanda es claramente superior a la oferta en determinados ámbitos.